

M^a EUGENIA ORTUÑO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad del País Vasco

LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS, EN DIOCLECIANO

SUMARIO: I.- PRESENTACIÓN. II.- LA CARGA DE LA PRUEBA: *STATUS QUAESTIONIS* EN LA DOCTRINA ROMANÍSTICA. III.- LOS DOS RESCRIPTOS DE DIOCLECIANO. IV.- CONSIDERACIÓN FINAL.

I.- PRESENTACIÓN.

Los elementos estelares de la prueba en el procedimiento civil romano han sido las afirmaciones de las partes que, a su vez, han generado una serie de reglas para determinar en cual de las dos partes del proceso - actor / demandado- recae la obligación de demostrarlas, es decir, en quien recae la carga de la prueba.

Se parte de la máxima: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*¹ y de que la carga de la prueba recae en el demandante, en relación a los hechos en los que apoya su reclamación, y en el demandado, en el caso de que utilice una *exceptio*², ya que actúa como actor de la misma³, por ello, éste deberá probar los fundamentos de aquella.

Todo ello ha llevado a la doctrina moderna a interpretar que, en el derecho romano, el *onus probandi* viene determinado por la posición procesal y no por la circunstancia de que los hechos alegados sean positivos o negativos⁴.

¹ *Dig. 22,3,2 (Paul.,69 Ed.).*

² *Dig. 22,3, 19 pr (Ulp., 7 Disput.): In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.*

³ *Dig. 44, 1,1(Ulp., 4 Ed.): Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

⁴ A. PERNICE, "Parerga IV, Der sogenannte Realverbalcontract", *ZSS* 13 (1.893), pp. 246 ss., entre otros.

La prueba de los hechos negativos suele aparecer como una consecuencia o reflejo de lo que acabamos de indicar. En la presente comunicación me propongo analizar la cuestión, tal como la contempló Diocleciano (284- 305 dC).

La reestructuración de la vida romana que llevó a término dicho emperador y que afectó a todos los ámbitos -en especial, a la administración central y provincial, al ejército, a la economía, al régimen tributario y al campo religioso- hace que resulte sugerente el análisis de si dichas transformaciones comprendieron también la materia que nos ocupa y, de ser así, qué incidencia tuvieron en el terreno procesal.

La sustitución de la condición de *princeps* atribuida hasta entonces al emperador, por la de *dominus* implicaba que pasaran por él todas las medidas que se adoptaban en el Imperio. Para que sus decisiones llegaran por igual a todos los puntos del mismo y, de esta forma, ejercer un control pleno, Diocleciano estructuró la administración del Imperio en dos partes, implantando el sistema de gobierno de la tetrarquía integrado por el propio Diocleciano al frente de la parte oriental y Maximiano en la parte occidental, con el título de *Augustos*, incluyendo los Césares, Galerio, en oriente y Constanzo Cloro, en occidente, si bien Diocleciano mantuviera su supremacía sobre los otros tres.

Una muestra más del carácter absolutista de su política y de su interés en articular de nuevo el Imperio, fue la reestructuración de la administración civil, colocándose él mismo en la cúspide y organizándola jerárquicamente. Dentro de la misma se insertó la administración de justicia que, a su vez, se utilizó por el emperador para intervenir en el devenir del ámbito jurídico romano. Sus decisiones judiciales junto a la promulgación e interpretación de las normas⁵, fueron los medios usados para ello.

Concretamente, en lo que atañe al proceso civil privado, creó el contexto adecuado para que se aplicara a todo el Imperio la *cognitio extra ordinem*⁶ y que se abandonara la práctica del procedimiento *per formulas*⁷. En

⁵ En este sentido, ver por ejemplo: G.G. ARCHI, “*Interpretatio iuris-interpretatio legis- interpretatio legum*”, en ZSS 87 (1970), pp. 43. F. SERRAO, “*Interpretazione della legge (dir. rom.)*”, en ED 22 (1972), p. 250.

⁶ M. KASER, “*Gli inizi della cognitio extra ordinem*”, en *Aus: Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I (1968), p.197 = *Ausgewählte Schriften* II (1976), pp. 499-527., entre otros.

⁷ El procedimiento formulario fue abolido formalmente por el emperador Constantino un tiempo después. Cfr. *CJ.*2, 57 (58), 1 (Constantinus et Constans, AA. a Marcelino praesidi Phoenice) a.342.

LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

el seno de éste procedimiento cognitorio, presidido por el sistema de justicia oficial⁸ o si se quiere, público, el *iudex* era un funcionario de la administración que estaba sometido a su superior jerárquico y al que se le había atribuido la administración de justicia. El conocía de todo el procedimiento, siguiendo el principio inquisitivo, a cuyo tenor las partes del proceso estaban muchos más sometidas a la autoridad del tribunal que en el tipo de procedimiento anterior. Esta autoridad queda patente en la nueva forma de instrucción del procedimiento.

Concretamente, en relación a las pruebas del proceso, es el juez el que dirige esta cuestión indicando a las partes los hechos que deben ser objeto de prueba y que le permitan obtener el conocimiento más ajustado de los mismos. Lo que en el procedimiento anterior eran máximas de conducta a seguir en relación con la prueba, en éste se han convertido en normas jurídicas. En general, hay una tendencia hacia la unidad sistemática de las mismas, estructuradas, jerárquicamente a la hora de determinar el valor que ha de atribuirse a cada medio de prueba⁹.

Fue en éste entorno, donde Diocleciano promulgó los dos rescriptos que son objeto de estudio, alusivos a la prueba de los hechos que se niegan. Nuestro trabajo incluirá la perspectiva general de como los interpreta la doctrina actual.

II.- LA CARGA DE LA PRUEBA: *STATUS QUAESTIONIS* EN LA DOCTRINA ROMANÍSTICA.

La aplicación de las reglas relativas a la prueba de la existencia o inexistencia de los hechos en el procedimiento formulario y en el de la *cognitio extra ordinem*, ¿tuvieron carácter general o únicamente estaban dirigidos a los casos particulares que aparecen en las fuentes? ¿se trata de máximas orientativas determinadas por criterios de oportunidad o bien fueron auténticas reglas jurídicas? En definitiva, ¿a qué período de la historia de Roma y de su derecho puede atribuirse la aparición de las reglas de la carga de la prueba?, ¿el tratamiento que se les otorgó en su origen puede hacerse extensivo a lo largo de su desarrollo? Tales cuestiones preocupan a la doctrina romanística contemporánea.

⁸ El propio Diocleciano estableció en : *CJ. 3,13,3: Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem.*(a. 293).

⁹ M. TALAMANCA, "Processo civile (dir. rom.)", en *ED* 36 (1.987), pp. 1-79.

Las conclusiones a que han llegado los diferentes autores no son siempre coincidentes. En las líneas que siguen, trataré de reflejar a grandes trazos, cuál es el *status quaestionis* en la doctrina, respecto del *onus probandi* y, en particular, como se interpretan las máximas relativas a la prueba de los hechos negativos.

Dejando a un lado las referencias que, de modo complementario, se suelen realizar sobre éste tema al aludir al proceso, un primer trabajo específico lo realizó Naber¹⁰ en 1.921, al que le siguió otro publicado por De Sarlo en 1.935¹¹ cuyo punto de partida era el de indagar en las fuentes y elaborar una clasificación de los textos distinguiendo los que aluden con carácter general a la carga de la prueba, de los que reflejan la aplicación práctica de la misma. De Sarlo se limitó a considerar la regulación más antigua de la aplicación de dicha carga. Entiende que, en el procedimiento de las *legis actiones*, sólo se acudirá a un principio general cuando el juez no disponga de los elementos necesarios para formar libremente su criterio. El principio general se desprende, a su entender, de las palabras de Catón recogidas por Gelio¹², que se inclina a la absolucón de la acción cuando se plantea la carga de la prueba en el supuesto de que ninguna de las dos partes puedan probar sus tesis respectivas y el juez haya apreciado que ambas están dotadas de credibilidad y de moralidad. Se concibió, pues, la absolucón como un medio subsidiario al que podía recurrir el juez cuando debía decantarse por uno u otro planteamiento, siempre que mediaran las circunstancias descritas.

No se trataba de ninguna disposición legal, ni de ningún principio jurídico. Ha de tenerse en cuenta la agilidad de la fase *apud iudicem* y de que no existió ninguna prescripción que le obligase a la absolucón. La regla invocada por Catón constituye para De Sarlo un principio que se formó en la práctica judicial del procedimiento de *legis actiones*¹³; una regla empírica nacida del buen sentido y debida a criterios de oportunidad¹⁴.

¹⁰ C.NABER, “*Observatiunculae de iure romano (An semper probet actor)*”, en *Mnemosyne*, 49 (1.921), pp.144 ss., cit. por: G. PUGLIESE, “L’onere della prova nel processo *per formulas*”, en *RIDA*, 3 (1.956), p. 350, nota 2.

¹¹ L. DE SARLO, “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano”, en *AG* 114 (1.935), pp. 184 ss.

¹² Gell. XIV,2,26. *Verba ex oratione M. Catonis (pro L. Turio contra Cn. Gellium)*. Cfr. L. DE SARLO, op. cit., p.189.

¹³ Por la simplicidad de su estructura, circunscribe la aplicación de la regla a la *legis actiones sacramenti in personam, legis actiones per iudicis postulationem* y a la *condictio*. Cfr. L. DE SARLO, op. cit., p 192.

¹⁴ L. DE SARLO, op. cit. p.191 y p.220.

 LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

Nos dice De Sarlo que, en el procedimiento formulario, tampoco existieron máximas generales en torno a la carga de la prueba, ya que la actuación del juez estaba inmersa en las mismas características descritas en relación al procedimiento de *legis actiones*, indica, a su vez que únicamente aparecen reglas jurisprudenciales sugeridas para casos concretos, como la de que: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Dichas reglas se convirtieron en principios generales, en la compilación justiniana, al transformarse en prescripciones legales.

En el seno de la *cognitio extra ordinem*, señala De Sarlo, se formuló la máxima: *factum negantis probatio nulla sit*, que también proviene de los clásicos y halla su origen en la lógica y en la retórica de Cicerón. En este período se ha convertido en una prescripción legal y el proceso ha adquirido carácter publicístico y ha surgido la prueba legal. Dicha máxima adquiere carácter general y llega a Justiniano a través de la *cognitio* y mantuvo dicho carácter en el derecho bizantino postjustiniano.

Al estudio de De Sarlo le siguieron dos de Siciliani que tratan sobre la prueba de los hechos negativos¹⁵ y sobre la carga de la prueba¹⁶, respectivamente. En el primero, parte del derecho actual y, retrocediendo en el tiempo, alude al período intermedio hasta llegar a las fuentes del derecho romano y finaliza el estudio con una referencia al derecho canónico. Establece que no existe ningún principio que autorice la exención de la prueba de los *fatti negativi* y que, por regla general, el que niega un hecho no está obligado a probar su falta mientras el adversario no consiga aportar pruebas de su existencia. En caso de duda, debe pronunciarse a favor del que niega¹⁷.

En el segundo estudio, tras analizar toda la problemática relativa a esta cuestión que aparece reflejada en el derecho romano de las distintas épocas, dejando a un lado los supuestos especiales y las presunciones de *iure*, Siciliani llega a la conclusión que la carga de la prueba, en el proceso civil romano, recae en el actor, en cuanto éste está obligado a probar los hechos originarios de su derecho y, en el demandado, respecto de los hechos extintivos y los obstativos e impeditivos¹⁸.

Varios decenios después se vuelve a retomar de manera específica esta cuestión. Fue E. Levy¹⁹ a quien hay que atribuirle el mérito, con pala-

¹⁵ T. SICILIANI, "La prova dei fatti negativi", en *La Legge* 44 (1.904), pp.1-43.

¹⁶ ID, "L'onus probandi in diritto romano", en *Giurisprudenza Italiana* 61 (1.909), pp.1- 43.

¹⁷ T. SICILIANI, "La prova...". op. cit., p.41.

¹⁸ T. SICILIANI, "L'onus ...", op. cit., p. 41.

¹⁹ E. LEVY, "Beweislast im klassischen Recht", en *IVRA*, 3 (1.952), pp. 155-179.

bras de Pugliese²⁰, de “haber creado un nuevo centro de interés para los estudios romanísticos” que gira principalmente en torno a la fórmula del procedimiento formulario de la época clásica. La situación que se generó a partir de este momento hasta la actualidad se ha puesto de manifiesto por Wacke²¹, cuyo planteamiento ha sido censurado por Guarino²² por haber reducido el tema a la controversia entre Pugliese y Levy y por la crítica realizada a éste último, que va más allá de lo puramente científico.

La tesis de Levy, que fue apoyada por Kaser²³, puede resumirse en que en el procedimiento formulario, la fórmula era inadecuada para fijar los criterios relativos a la carga de la prueba y, por consiguiente, no existían reglas que indicaran al *iudex* a que parte del proceso -la actora y la demandada- debía imputarse dicha carga, por lo que el *iudex* gozaba de plena libertad para exigirla a la parte que estimara conveniente, e incluso, podía requerirla a ambas²⁴. Fue en la *cognitio* postclásica en donde estaban perfectamente delimitadas las reglas sobre la carga de la prueba.

A su entender, sólo puede atribuirse origen clásico a la máxima: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Siendo ésta la única disposición, promulgada con carácter general, que puede encontrarse en la época clásica que fue aplicada en el procedimiento formulario. Y, en la época diocleciana, se interpreta como que no se puede dar ni tampoco exigir la prueba de los hechos negativos²⁵.

Coincide con el criterio de los autores anteriores, Longo²⁶ que, partiendo de una exégesis y de un fundamento diverso, llega a la misma con-

²⁰ G. PUGLIESE, “Regole e Direttive sull’ onere della prova nel processo romano per formulas”, en *Scritti Calamandrei* 3 (1.958), p. 579.

²¹ A. WACKE, “Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy”, *ZSS* 109 (1.992), pp. 411-449. Se ha publicado parcialmente de nuevo en: “L’ onore della prova nella procedura civile romana. Secondo l’ interpretazione di Giovanni Pugliese”, en *Incontro con Giovanni Pugliese*. 18 de abril 1.991. Milano, 1.992, pp. 1-14 = ID., *Estudios de Derecho Romano y Moderno en Cuatro Idiomas*. Madrid, 1.996, pp. 465- 478.

²² Cfr. *Lecture*, en *LABEO* 39 (1.993), pp. 116- 121: A. GUARINO, *L’ Ordinamento Giuridico Romano*. Napoli, 1.990. En especial: p. 121, apartado 5.

²³ M. KASER, “Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess”, en *ZSS* 71 (1.954), pp. 221-241.

²⁴ Se basa en *CJ.* 2,1,1 (Antoninus Pius A. a Manilio) a.155.

²⁵ E. LEVY, “Beweislast...”, op. cit., p. 168 ss.

²⁶ G. LONGO, “*Onus Probandi*”, en *AG* 149 (1.955), pp. 61-99 y ID., “Nuovi contributi in tema di *onus probandi*”, en *IVRA* 8 (1.957), pp. 43-56.

 LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

clusión de que los preceptos sobre la prueba y sobre las presunciones tienen su origen en el derecho postclásico y considera que eran desconocidos por completo en el edicto del pretor.

Por contra, Pugliese llega a conclusiones diversas, que son seguidas por Simon²⁷ y posteriormente por Giuffrè²⁸, Schmidlin²⁹ y el propio Wacke³⁰. Su tesis puede considerarse, actualmente, como doctrina dominante, porque es compartida por la generalidad de autores³¹.

El maestro italiano entiende que en el derecho clásico, en concreto en el procedimiento formulario, ya se habían fijado las reglas que determinaban que el actor debía probar su *intentio* y, en su caso, la *demostratio*; es decir, incumbe al actor el deber de probar su pretensión. La prueba de la *exceptio* recae en el demandado, al hacer las veces de actor en el planteamiento de la misma³². Lo que ocurrió fue que los juristas, siguiendo la dinámica que les caracterizaba, no se ocuparon de formular ninguna definición ni se apartaron del puro casuismo.

Pugliese atribuye una aparición posterior al *ei incumbit...*, (*Dig.* 22,3,2 (Paul.,69 *Ed.*)) si bien, según él, no se poseen elementos para determinar concretamente cuando tuvo lugar su origen. Lo que le resulta indudable es que dicha regla se hacía efectiva en el procedimiento formulario³³. Paulo alude a un supuesto concreto por lo que hay que descartar que haya querido formular un principio general.

Pugliese entiende que el texto de Paulo debe interpretarse en el sentido de que “la prueba corresponde a quien efectúa una afirmación”. De esta suerte, la determinación de si se afirma un hecho positivo o, en su caso, un hecho negativo girará en torno a la posición de la parte, por lo que considera que dicho texto se ha comprendido inadecuadamente, tanto por

²⁷ D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*. München, 1.969, pp. 135 ss.

²⁸ V. GIUFFRÈ, “*Necessitas probandi*”: *Tecniche processuali e orientamenti teorici*. Napoli, 1.984, pp.15 ss.

²⁹ B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*. München, 1.970, pp. 44 ss.

³⁰ A. WACKE, *op. cit.*, nota 21 de este trabajo.

³¹ Ver, por ejemplo: A. GUARINO, *Diritto Privado Romano*, 9ª ed., Napoles, 1.992, n. 19.6.2.M. TALAMAMCA, *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano, 1.990, p. 353. ID., “*Processo civil...*”, *op. cit.*, pp. 1-79. A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 4ª ed. Pamplona, 1.983, p. 153. A. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza, 1.987, pp. 164 ss.

³² G. PUGLIESE, “*L’onere della prova nel processo romano per formulas*”, en *RIDA* 3 (1.956), p. 367.

³³G. PUGLIESE, “*L’onere...*”, *op. cit.*, p. 363 ss. ID., “*Regole ...*”, *op. cit.*, p. 590 ss.

los intérpretes antiguos como por los modernos³⁴. Coincide con Siciliani³⁵ en que el término *dicere* no tiene sentido estricto de afirmar, sino que comprende tanto una afirmación como una negación; se alude genéricamente a una manifestación, por lo que cada parte deberá probar sus propios hechos.

Su crítica la hace extensiva no sólo a la interpretación común hasta entonces. Vierte también argumentos en contra del origen clásico atribuido a esta máxima, ya que no existe ningún otro texto de este mismo período que ni veladamente, haga alusión a ella o ponga en evidencia que ha sido aplicada. En definitiva, según Pugliese, no queda demostrado que los juristas clásicos se valiesen de ésta máxima para resolver cuestiones relativas a la carga de la prueba; es más, sostiene que la misma está en contra del derecho vigente en aquella época ³⁶. La carga de la prueba de los *fatti negativi*, la atribuye a Irnerio cuya teoría dio lugar a la regla: *Negativa non sunt probanda* ³⁷.

III.- LOS DOS RESCRIPTOS DE DIOCLECIANO.

Creemos que el contenido de los rescriptos de Diocleciano no puede interpretarse, como lo hace la doctrina romanística dominante, que los considera como continuación de lo señalado en el texto de Paulo, *Ei incumbit ...* (Dig. 22,3,2). Se establece una regla distinta de la que había expresado dicho jurista, apartándose también del criterio que aparece en otros textos clásicos³⁸.

³⁴ G. PUGLIESE, "L'onere...", op. cit., p. 387.

³⁵ T. SICILIANI, "La prova...", op. cit., p. 17.

³⁶ Considera, en cambio, que es posible demostrar que en los casos en los que un hecho negativo es relevante, los juristas o la cancillería imperial no tenían inconveniente en solicitar la prueba: *CJ.* 4,30,3 (*Severus et Antoninus AA. a Hilario*) a. 197; *Dig.* 22,3,19,2 (*Ulp., 7 Disput.*); *Dig.* 22,3,15 (*Mod., 12 Respom.*); *Dig.* 22,3,25 pr. (*Paul, 3 Quaest.*). Cfr. G. PUGLIESE, "L'onere...", op. cit., p. 389.

³⁷ Los trabajos específicos sobre la prueba de los hechos que se niegan se realizaron principalmente a principios del siglo XX, sobre la base del derecho intermedio y, especialmente, atendiendo a la *Glossa* de Irnerio y al derecho canónico. En este sentido, ver por ejemplo, la bibliografía que aparece reflejada en T. SICILIANI, "La prova...", op. cit., pp. 3-43.

³⁸ Este criterio también lo manifiesta De Sarlo, pero no entra en el análisis del mismo en el derecho romano, sino que se centra en la interpretación que hace Irnerio en su *Glossa*, sobre la carga de la prueba de los hechos negativos. Cfr. L. DE SARLO, "Ei incumbit...", op. cit., pp. 11 ss.

LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

Los puntos de referencia son la constitución *CJ. 4, 30,10* que tiene por objeto la *exceptio non numeratae pecuniae* y la *CJ. 4,19,23* en la que se enuncia una afirmación general. Constituyen una de los numerosos *rescripta* que emitió Diocleciano para se diera una interpretación adecuada del derecho romano, en especial por parte de los habitantes de la parte oriental que, tras instaurar la tetrarquía, fue la parte del Imperio en la que él mismo ejerció directamente su dominio.

El primer texto dice así:

CJ. 4,30,10 (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Mucazano): Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitoem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia.

Se trata de una respuesta de los Augustos a una consulta previa de Mucazano en la que se aprecia la imperatividad propia de una norma jurídica. En la misma se determina que la carga de la prueba en la *exceptio non numeratae pecuniae* corresponde al demandante, es decir, al supuesto acreedor, y no al deudor que interpone la *exceptio*, debido a que: *et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est*. Y, es por éste motivo por el que, en este caso, se produce la inversión del *onus probandi*. El texto se concreta al caso señalado; dicha inversión también se ha reconocido en otras excepciones³⁹ pero por motivos distintos. Todos ellos constituyen una excepción de la regla que, en torno a la carga de la prueba, han enunciado en el derecho clásico, juristas como Paulo (*Dig. 22,3,2*) y Ulpiano (*Dig.22,3,19 pr*).

Dejando a un lado el tema principal que se plantea en este rescripto y centrándonos en la prueba de los hechos negativos se dice: *qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numeratae, cuius naturali ratione probatio nulla est*.

Esta frase se ha venido interpretando por la doctrina como una aplicación del texto de Paulo recogido en el *Dig. 22, 3, 2*, tantas veces aludido, en los términos que se han descrito anteriormente y que Simon⁴⁰ concreta diciendo: “quien contesta a una alegación no está obligado a probar”.

³⁹ Este es el caso de: *Exceptio interrogatoria, e. procuratoria, e. bonorum possessionis non datae*, etc. Cfr. G. PUGLIESE, “L’onere...”, pp.374 ss. A. WACKE, “Zur Beweislast...”, op. cit., p. 421 ss., entre otros.

⁴⁰ D. SIMON, *Untersuchungen...*, op. cit., p.146-147.

No compartimos esta interpretación, en el sentido de plantear todas las referencias a la prueba de los hechos que se niegan como un todo. Además, la conclusión a la que se ha llegado en relación a las constituciones de Diocleciano, no creemos que sea la genuina.

A nuestro entender, en este caso, la romanística moderna inconscientemente, y quizás llevada por la incidencia de estas máximas en el derecho intermedio -a través del cual se han incorporado a los derechos procesales actualmente vigentes- ha querido proyectar sobre los textos de Diocleciano una solución ajustada a lo expresado en los fragmentos de Paulo y Ulpiano.

Diocleciano, en el texto transcrito no dice que el demandado que se limite a negar las alegaciones del demandante quede liberado de la carga de la prueba sino que dice que, la prueba de los hechos negativos es imposible y por eso corresponderá al adversario probar los hechos positivos correspondientes.

Esta afirmación no es meramente coyuntural al hecho concreto que se consulta, sino que éste mismo criterio aparece reflejado en el otro rescripto del mismo emperador que traemos a colación. En éste caso es, si cabe, más general que el anterior, porque en él se plantea una cuestión puramente procesal, sin que conste el objeto concreto de la controversia.

El texto dice así:

CJ. 4,19,23 (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menelao): Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. (a.294).

Al igual que en la constitución anterior, se dice que la prueba de los hechos negativos es imposible: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. El término *negantis* indica el que afirma un hecho que se niega, un “hecho negativo”. En ambos rescriptos, se establece que, quien niega no ha de probar, porque la prueba es imposible según la *natura rerum*, la *naturalis ratio*.

Desde esta perspectiva, creemos que es forzada la interpretación que se ha venido sosteniendo por la doctrina dominante. El criterio sentado por Diocleciano no se refiere al reparto de la carga de la prueba entre demandante y demandado, sino específicamente a la posibilidad misma de probar los hechos negativos. Según la cancillería imperial dicha prueba es imposible, por lo que quien los alega queda exonerado de la carga de la misma. Se contradice así, lo manifestado por Paulo y Ulpiano que sostienen que cada uno debe probar sus propios hechos.

No hay argumentos que justifiquen la posibilidad de que los textos se-

 LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

an interpolados⁴¹; el fundamento alegado es común en ambos rescriptos, se apoya en una razón o principio natural: *rerum natura, naturalis ratio*⁴².

En un período de transición entre la época clásica y la postclásica, es obvio que la jurisprudencia de aquel momento se encontrara en plena evolución por lo que también puede haberse dado una interpretación distinta a la *naturalis ratio*. La misma se había definido por Gayo como: *ius naturale est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*⁴³, al contraponer el *ius civile* y el *ius gentium*, y que puede interpretarse como un principio inmerso en las cosas y que surge de la realidad objetiva de las mismas⁴⁴. Y también se había referido al *ius naturale* Ulpiano definiéndolo como: *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*⁴⁵. En ambos juristas es palpable la influencia estoica.

La concepción panteística del cosmos, propia del estoicismo romano, veía a este cosmos regido por una ley universal de carácter determinista que lo regía todo entero. Ahí es donde hay que incardinar la *naturalis ratio* de Gayo y la *natura* de Ulpiano, con la proyección que luego tuvieron en la *lex naturale agustiniana* y en el *ius naturalismo posterior*. Como hemos indicado, parece que se partía de un orden fundado en una cierta realidad de hecho racional, con la finalidad de motivar o de clasificar normas o institutos singulares dentro del ámbito del derecho⁴⁶. Dicho planteamiento también evolucionó a la par que la sociedad y que el derecho de cada período, y, progresivamente, se fue transformando hasta que, con Justiniano, la *naturalis ratio* alcanzó, en la jurisprudencia, un sentido metafísico y teológico que desembocó en la filosofía cristiana del derecho natural⁴⁷.

En tiempo de Diocleciano la influencia estoica no constituía un hecho novedoso sino que fue un período de plena evolución de esta concepción. Fue un momento en el que tenía una notable presencia la ética estoica, para la que su primer imperativo era vivir conforme a la naturaleza, es de-

⁴¹ Sostiene que existe interpolación: A. PERNICE, "Parerga...", op. cit., pp. 246 ss.

⁴² Sobre éste concepto, ver, por ejemplo: J. KOSCHEMBAHR, "*Naturalis Ratio en droit classique romain*", en *Studi Bonfante* 3 (1.930), pp. 469 ss.

⁴³ Gayo, 1,1 y, en el mismo sentido en: *Dig.* 1,1.9 (Gai, 1 *Inst.*).

⁴⁴ En éste sentido, cfr.: G. LOMBARDI, "*Ius gentium*", en *NNDI* 9 (1.965), p. 381.

⁴⁵ *Dig.* 1,1,6 (Ulp., 1 *Inst.*).

⁴⁶ A. BURDESE, "*Ius naturale*", en *NNDI*, 9 (1.965), pp. 383 ss. S. COTTA, "*Diritto naturale*", en *ED* 12 (1.964), pp. 647 ss.

⁴⁷ N. MORRA, "*Natura delle cose*", en *NNDI* 11 (1.967), p. 35. B. BIONDI, "*Ratio legis*", en *NNDI* 14 (1.967), pp. 895-896.

cir, conforme a la razón, porque lo natural es racional⁴⁸. No conocemos qué era lo racional para éste emperador, por lo que no nos atrevemos a decir que, en la afirmación de su poder absoluto, la razón para él haya sido su *voluntas*, partiendo de la idea de que: *quod principi placuit, legis habet vigorem (...)* ⁴⁹ y de que el emperador es el *dominus imperii*.

Los *rescripta* comentados se emitieron en éste entorno, que a nuestro entender, no influyó en la cancillería imperial a la hora de responder a las consultas que se formulan en los mismos. El apelativo a la *naturalis ratio* se interpretaba como un principio natural; se trataba de una prueba, a su entender, literalmente imposible; por lo que aquí se alude a la razón entendida como sentido común.

Y por último, no hay que descartar la influencia de la retórica. Si bien la irrupción masiva de la retórica en la cancillería imperial se produjo en tiempos de Constantino, no debe descartarse que con Diocleciano ya hubiera una cierta presencia de la misma.⁵⁰

IV.- CONSIDERACION FINAL.

Los citados *rescriptos* no pueden interpretarse como hacen muchos autores como si se tratara de una reafirmación de lo establecido por los juristas romanos anteriores a Diocleciano, acerca de la carga de la prueba de los hechos negativos. En ellos se expresa algo diferente.

El hecho de que mayoritariamente la doctrina atribuya al demandante - y, en su caso, al demandado - la carga de la prueba de los hechos en los que éste fundamenta su pretensión, responde a una peculiar interpretación de los textos dioclecianos que hemos estudiado, porque no se tuvieron en cuenta que en dichos *rescriptos* no se plantean la determinación de aquel en quien recae la carga de la prueba, sino que se limitaron a decir que por la *ratio naturalis* no se da prueba alguna de los hechos negativos.

Dichos *rescripta* de Diocleciano no se basan en la posición procesal de demandante y demandado sino en el tipo de hechos alegados por las par-

⁴⁸ J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*. Vol. E - J, Madrid, 1.979, p. 1038.

⁴⁹ *Dig.* 1,4,1 pr (Ulp., 1 *Inst*) , *Inst.* 1,2,6.

⁵⁰ En este sentido, resulta llamativo el principio enunciado por Catón y recogido por Gelio que se ha citado en la nota 12 de este trabajo y el principio retórico enunciado por Cicerón . Cfr. Cic., *De part. orat.* 30,104 : *Nemo enim eius, quod negat factum, rationem potest aut debet aut solet reddere*. Dicho principio es comentado por L. DE SARLO, “*Ei incumbit...*”, op. cit., pp. 24 ss.

LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS...

tes, si son positivos o son negativos. Si se esgrimen estos últimos no estarán sujetos a prueba alguna porque la misma es imposible. E. Levy destacó este fundamento por lo que, consideramos que, en este extremo, deben retomarse sus planteamientos.

